



HAL
open science

Le sens d'une constitution vu de l'Afrique

Fabrice Hourquebie

► **To cite this version:**

Fabrice Hourquebie. Le sens d'une constitution vu de l'Afrique. Titre VII – Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 2018, 1 (1), pp.35-43. <10.3917/tvii.001.0035>. <hal-04619707>

HAL Id: hal-04619707

<https://hal.science/hal-04619707v1>

Submitted on 21 Jun 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

Le sens d'une constitution vu de l'Afrique

Fabrice Hourquebie

DANS **TITRE VII** 2018/1 (N° 1), PAGES 35 À 43

ÉDITIONS **CONSEIL CONSTITUTIONNEL**

DOI 10.3917/tvii.001.0035

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://www.cairn.info/revue-titre-vii-2018-1-page-35.htm>



CAIRN.INFO
MATIÈRES À RÉFLEXION

Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...

Flashez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Conseil constitutionnel.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

Le sens d'une constitution vu de l'Afrique

Fabrice HOURQUEBIE

Professeur de droit public – Université de Bordeaux Directeur de l'Ecole doctorale de droit

RÉSUMÉ

Les constitutions africaines ont fait l'objet de beaucoup d'espairs, dans un contexte d'essor du constitutionnalisme post 1990. Leur contenu prometteur tant sur le plan de la distribution des pouvoirs que sur celui de la protection des droits fondamentaux donnait à la constitution une sacralité qui lui avait manqué au lendemain des indépendances. Mais ces constitutions, en privilégiant la lettre sur l'esprit, ont aussi participé à la dénaturation du sens profond de la norme fondamentale. Norme suprême tantôt instrumentalisée par le pouvoir en place ; tantôt déstabilisée par la banalisation des révisions en dépit de la rigidité affichée ; ou encore menacée de l'intérieur par un contenu crisogène ; voire même concurrencée par des accords politiques à la portée juridique discutable. Cette délégitimation du sens commun des constitutions laisse apparaître un sens caché qui rend désormais incertaine la notion même de constitution en Afrique.

C'est désormais un lieu commun de rappeler que si les vagues d'indépendance des années soixante ont permis aux pays d'Afrique francophone d'envisager un renouveau de l'idée de constitution, c'est bien plus la période postérieure aux années quatre-vingt-dix, marquée notamment de nombreuses crises politiques et sociales liées à l'effondrement du parti unique, qui a vu le déploiement du constitutionnalisme dans ces États. Cette période, généralement et abusivement qualifiée de « transition », a vu érigée en priorité la définition d'un nouveau modèle politique et constitutionnel caractérisé par plusieurs marqueurs :

l'adoption d'un régime politique de type présidentiel ou semi-présidentiel ; l'émergence du pluralisme politique et l'avènement d'élections concurrencées et disputées ; la consécration des droits fondamentaux dans les constitutions ; et l'instauration des Cours constitutionnelles pensées comme gardiennes de ces droits et garantes de la démocratisation des États. Loin d'une simple « survivance » de l'idée même de constitution¹, on assiste bien, à cette période, à une renaissance de la constitution, voire à une revitalisation de celle-ci. Le constitutionnalisme africain se construit en effet dans les transitions, plus ou moins longues,

1. G. Burdeau, *Une survivance : la notion de constitution*, Sirey, 1956, p. 53.

plus ou moins avérées. L'idée de constitution qui en résulte est celle d'une constitution vénérée, sacrée, érigée en quasi totem juridique des démocraties émergentes. Et c'est ainsi à une véritable exaltation de la constitution que l'on assiste. Une constitution appropriée par le pouvoir, par les partis politiques, par les citoyens ; une constitution commentée dans les palais des Républiques, bien sûr, mais aussi dans les médias ou sur les marchés, véritables agora participatives de substitution. La fonction intégratrice de la norme fondamentale joue à plein. Et les modalités constitutives, souvent inédites, tant pour l'écriture ou la détermination du contenu de la constitution, en sont le témoin. Que l'on songe aux Conférences nationales (par exemple la Conférence nationale des forces vives au Bénin en 1990) ou aux logiques inclusives des Fora (ainsi le Forum national de Bangui en 2015).

Mais cette « euphorie constitutionnelle »² masque mal l'essoufflement constitutionnel qui prévaut aujourd'hui dans la plupart des pays d'Afrique francophone. Victime de son succès, la constitution s'érode. L'attachement revendiqué sert de camouflage à des manipulations répétées qui ne font qu'aggraver la faiblesse originelle dont souffrent ces constitutions, celle d'un profond

décalage entre la réalité des sociétés africaines et le texte qui entend les organiser. Il s'ensuit que le « tabou constitutionnel »³ qu'était la norme fondamentale ne suscite plus, derrière les apparences, autant de respect. D'où il ressort que l'affaiblissement de l'intensité protectrice des constitutions africaines ouvre des brèches aux ruptures de la démocratie et aux changements anti constitutionnels de gouvernements. Le constitutionnalisme africain francophone, certainement différent du constitutionnalisme en Afrique francophone, si l'on veut bien admettre qu'il existât, est ainsi marqué par une forme de discontinuité qui l'oblige à s'adapter tant à des périodes de construction de l'État de droit que d'essoufflement de la démocratie. Et le sens de la constitution en Afrique est peut-être à chercher dans ces cycles d'alternance entre un constitutionnalisme triomphant et un « constitutionnalisme chaotique »⁴ – que d'aucuns qualifient de « non démocratique »⁵ voire de « rédhibitoire »⁶ – ; entre la valorisation de la constitution et sa délégitimation ; entre la promotion de l'outil constitutionnel au service des libertés et la confiscation de la norme constitutionnelle au bénéfice de la majorité. C'est alors l'utilité des constitutions africaines qui est questionnée⁷. Et au-delà, c'est bien le sens que le constituant africain donne aujourd'hui à sa norme fondamentale

2. J. du Bois de Gaudusson, Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme, in *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic, Démocratie et liberté : tension ; dialogue, confrontation*, Bruylant, 2007, p. 338.

3. Pour emprunter le titre d'un colloque international tenu à Lomé les 14 et 15 juin 2011 organisé par le Centre de droit public de l'université de Lomé (D. Kokoroko) et le Centre d'études et de recherches sur les droits africains et sur le développement institutionnel des pays en développement de l'université Montesquieu-Bordeaux-IV (M. Fau-Nougaret).

4. Certains auteurs identifient trois temps dans le cycle constitutionnel en Afrique. D'abord de 1958-59 à 1964-65, période d'accélération de la décolonisation et d'accession de la plus grande partie des États africains francophones à l'indépendance. Puis de 1965 à 1990, période marquée par l'abandon du modèle libéral et l'avènement des régimes autoritaires. Enfin la troisième période avec les années quatre-vingt-dix est marquée par l'adoption, sur le plan formel au moins, de l'État de droit, v. K. Ahadzi, Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des États d'Afrique noire francophone, *Afrique juridique et politique*, n° 2, 2002, pp. 35-86. Une quatrième période, depuis les années 2000 marquée par la résurgence des crises, pourrait être celle du déclin du constitutionnalisme.

5. I. M. Fall, *Pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des États d'Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 22, cité in K. Dosso, Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences, *RFDC*, n° 90, 2012, p. 57.

6. J. Owona, L'essor du constitutionnalisme rédhibitoire en Afrique noire. Étude de quelques "constitutions Janus", in *Mélanges en l'honneur de P.-F. Gonidec. État moderne : horizon 2000. Aspects internes et externes*, Paris, LGDJ, 1985, p. 235.

7. P.-F. Gonidec, A quoi servent les constitutions africaines ? Réflexion sur le constitutionnalisme africain, *Revue juridique et politique. Indépendance et coopération*, n° 42, 1988, pp. 849-866.

qui interpelle. Cette conception de plus en plus instrumentale voire utilitariste des constitutions africaines remet clairement en cause l'attribut premier d'une constitution qui est son autorité. De sorte que derrière le « sens commun » affiché, celui de la sacralité de la constitution (I), se profile un « sens caché » à peine dissimulé, celui d'une normativité malmenée (II). Ce mouvement de légitimation/dé légitimation des constitutions traduit plus profondément une dévalorisation du droit constitutionnel dont les vertus démocratiques ont été surévaluées dans des contextes dans lesquels la lettre du droit prévaut⁸, à l'excès, sur son esprit.

I. Le sens commun - Celui d'une sacralité affichée

Il s'agit avant tout, pour les rédacteurs de la constitution, de la protéger de son environnement grâce au droit et, pour les acteurs, de valoriser sur un plan politique l'idée même de constitution. Pour ces raisons, au plan intrinsèque, la recherche d'une rigidité toujours plus forte des constitutions est le standard théorique en Afrique francophone (A) quand, sur le plan extrinsèque, l'hyper mobilisation du juge constitutionnel pour une protection idéale de la constitution reste le premier réflexe (B).

A. La rigidification des constitutions

Les constitutions africaines, comme toutes les autres, sont partagées entre deux enjeux. Celui

de l'évolutivité, pour rendre compte de manière continue du changement, de l'adaptation constante aux réalités sociales et sociétales. Celui de la stabilité, incarné par une constitution qui encadrera avec minutie les mécanismes de révision afin de protéger cette dernière des trop nombreux assauts constitutionnels. Cette dialectique de la continuité et du changement prend néanmoins un sens particulier avec les constitutions africaines dans la mesure où on peut se demander si le caractère écrit des textes fondamentaux ne cache pas une certaine plasticité de la norme, faisant apparaître une nouvelle catégorie de constitutions, quelque part entre les constitutions rigides et souples⁹. Là où les constitutions écrites sont traditionnellement rigides et les constitutions coutumières habituellement souples, le constitutionnalisme africain laisse émerger une catégorie intermédiaire, celle des constitutions écrites souples. Cela traduit une forme de « nouvel usage » des constitutions en Afrique¹⁰ lié à l'écart constamment entretenu entre la rigidité constitutionnelle formelle et l'instabilité institutionnelle réelle, entre la norme apparente et l'apparence de la norme.

Néanmoins la rigidité constitutionnelle doit servir la sacralité de la norme, d'autant plus revendiquée dans des systèmes dans lesquels la verticalisation institutionnelle est très forte en raison de l'attachement à la personnalisation du pouvoir d'une part, et à l'image du chef traditionnel d'autre part. Sacralité qui trouve sa consécration dans l'aménagement de procédures « solennelles et complexes »¹¹ de révision de la constitution. La solennité des procédures de révision se traduit par l'implication d'une pluralité d'institutions dans le processus avec, comme objectif théorique, celui de la modération réciproque et de la complémentarité des légitimités. C'est ainsi que si la plupart des constitutions africaines prévoient que l'initiative de la révision appartient au président de la

8. J. du Bois de Gaudusson, *préc.*, p. 339.

9. J.-L. Atangana, Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain, *Politeia*, 2007.

10. J. du Bois de Gaudusson, [Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir], in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu. Renouveau du droit constitutionnel*, Sirey, Dalloz, 2007, p. 623.

11. J.-L. Atangana, *préc.*, pp. 10-12.

République, l'essentiel du pouvoir de révision est confié aux Parlements, dont les secondes chambres disposent d'un pouvoir de veto (Madagascar, Mauritanie, Niger...), afin de soustraire théoriquement la révision au pouvoir exécutif et à son relai majoritaire au sein des chambres basses¹². La ratification, quant à elle, relève de manière exclusive de la compétence du peuple par référendum (Congo, Mali, Tchad...) ou, de manière alternative, d'un vote de confirmation par les Parlements (Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire...)¹³. La complexité, quant à elle, se manifeste surtout à travers l'exigence d'une majorité renforcée au sein du Parlement pour adopter la révision de la constitution généralement des 2/3 (Cameroun, Gabon, Congo, Guinée, Mali...) ou des 3/4 (Burkina, Côte d'Ivoire, Centrafrique, Madagascar...) ; plus rarement des 4/5 (Bénin, Togo, Burundi)¹⁴.

Ce vaste mouvement de rigidification des constitutions africaines s'est parallèlement traduit par l'adoption toujours plus importante de « clauses d'éternité ». Leur objectif est de permettre une protection constitutionnelle renforcée de certaines dispositions en faisant émerger une sorte de noyau dur constitutionnel insusceptible de révision. Cette immunisation des clauses par l'empêchement du pouvoir constituant dérivé vise à préserver l'identité des constitutions africaines, d'une part en empêchant de vider certaines dispositions « pivot » de leur contenu ; et, d'autre part, en préservant le sens du pacte social constitutionnel initial. Cette intensification du recours aux clauses d'éternité dans les constitutions africaines est avant tout liée à la volonté de prémunir la constitution contre les risques de changements abusifs. C'est pourquoi le champ matériel desdites clauses ne cesse de s'étendre, allant du nombre de mandat du chef de l'État et des conditions de présentations à l'élection présidentielle, à la forme républicaine

du gouvernement et de l'État, jusqu'à l'immunisation d'un certain nombre de droits fondamentaux inaliénables. Pourtant, cette sauvegarde formelle du sens premier et donc de « l'intégrité des constitutions »¹⁵ ne suffit pas à empêcher les procédures de contournement, notamment quand il s'agit de prolonger le mandat des chefs d'État en exercice, transformant ces clauses de protection préventives en autant de goupilles constitutionnelles au service du combat politique. Et le juge constitutionnel n'est pas souvent en mesure d'empêcher ce dévoiement du sens des constitutions africaines.

B. L'idéalisation du juge constitutionnel

La figure du juge constitutionnel en Afrique francophone est indissociable des visages de la constitution. Que cette dernière soit pensée avant tout pour garantir la séparation des pouvoirs, sortir d'une crise ou proclamer les droits fondamentaux, le juge constitutionnel bénéficiera d'autant d'habilitations que la constitution a de fonctions spécifiques. La dimension fortement intégrative des constitutions africaines trouve alors un écho dans l'excroissance des compétences des juges constitutionnels qui en sont les gardiens. Le schéma peut s'avérer séduisant. Le sens commun de la constitution s'impose au juge constitutionnel en amont, mais repose aussi sur l'étendue de son pouvoir d'interprétation en aval. L'énoncé normatif nécessite la médiation du juge pour en révéler une partie du sens. Le réalisme attendu de l'interprétation du juge constitutionnel prend alors le contrepied du juridisme excessif des constitutions africaines qui, loin de traduire le pragmatisme nécessaire aux situations de démocratisation, de

12. Rapport sur l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés 2016. Dynamiques constitutionnelles dans l'espace francophone, Organisation internationale de la Francophonie, 2016, p. 17

13. J. L. Atangana, *préc.*

14. *Ibid.*, p. 17.

15. Rapport sur l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone. Bamako, dix ans après, 2000-2010, Organisation internationale de la Francophonie, 2010, p. 19

transition ou de sortie de crise, survalorisent les exigences de la légalité formelle contre celles de la légitimité démocratique. D'où cette absence de corrélation absolue entre constitutionnalisme et développement démocratique¹⁶.

C'est dans ce contexte mouvant que les Cours constitutionnelles africaines sont sollicitées, voire sur-sollicitées à la mesure de l'envergure prise par les constitutions dans la régulation du jeu politique. L'office du juge constitutionnel pacificateur du débat public en est d'autant plus scruté. C'est d'ailleurs une des spécificités du rôle des Cours africaines que d'être perpétuellement sous tension. Premièrement dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité des normes. Car pour garantir la suprématie de la constitution et, implicitement, la cohérence de la hiérarchie des normes, le juge constitutionnel veille aux frontières du bloc de constitutionnalité. Or son périmètre est particulièrement étendu dans les constitutions africaines puisque presque tous leurs préambules font référence aux instruments internationaux (Déclaration universelle des droits de l'homme...) et régionaux (Charte africaine des droits de l'homme et des peuples) du droit international des droits de l'homme, quand ceux-ci ne sont pas expressément référencés dans le corps même des constitutions. En outre, le juge constitutionnel est de plus en plus conduit à être l'arbitre des révisions constitutionnelles, que la constitution accorde explicitement au juge une compétence consultative préalable (Gabon, Niger, Sénégal, Tunisie...) ou une compétence obligatoire pour vérifier la conformité matérielle des lois de révision de la constitution ; ou que le juge constitutionnel s'autorise à exercer cette compétence, de manière incidente, en l'absence d'habilitation expresse (Bénin, Mali). Certains juges constitutionnels interprètent

donc *ultra petita* les dispositions identifiant les normes soumises au contrôle de constitutionnalité, confondant ainsi volontairement loi ordinaire et loi constitutionnelle pour aligner leur traitement contentieux ; alors que d'autres éludent la réponse à la question de la compétence pour aborder sans obstacle les questions de la recevabilité et du fond soulevées par l'affaire soumise¹⁷. Tension également, deuxièmement, dans l'exercice par le juge constitutionnel de sa mission électorale. Face à des constitutions africaines dont les dispositions électorales (durée du mandat du président, renouvelabilité du mandat, délais électoraux, composition des assemblées...) sont à la fois les indices d'une ouverture au pluralisme et les symboles d'une conflictualité récurrente, l'office du juge électoral est placé sous étroite surveillance politique. Là encore les attentes sont nombreuses et les espoirs immenses tant le moment électoral devient synonyme de dévolution anti constitutionnelle du pouvoir. Le juge constitutionnel des élections doit alors garantir le sens démocratique de la constitution en se posant comme le gardien du respect de la liberté du suffrage, le protecteur des principes de compétition, liberté et transparence des consultations, le pivot de l'alternance démocratique, le garant d'une vie politique apaisée... Cette sécurisation si sensible des processus électoraux a pu conduire le juge à développer un activisme au nom du droit pour préserver le sens et la primauté de la constitution. Mais elle a aussi permis au juge de manifester une sorte de retenue pour ne pas gêner le pouvoir ou, au contraire, de développer sous couvert du droit un soutien militant pour plaire à ce dernier¹⁸.

Confrontés à des défis de plus en plus variés mettant en cause leur légitimité, les juges constitutionnels africains sont certainement victimes de

16. J. du Bois de Gaudusson, Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir, *préc.*, p. 624.

17. *Rapport sur l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés 2016*, *préc.*, p. 26.

18. V. en ce sens F. Hourquebie et W. Mastor, Les Cours constitutionnelles suprêmes et étrangères et les élections présidentielles, *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 34, 2012. V. aussi *Rapport sur l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone. Bamako, dix ans après (2000-2010)*, *préc.*, pp. 25-27.

leur image de « gardiens des promesses »¹⁹ constitutionnelles. Mais garder le sens commun d'une constitution c'est aussi s'opposer au sens politique de cette dernière. Ou quand la surveillance empêche l'instrumentalisation ; quand la vigilance institutionnelle empêche la manipulation constitutionnelle. Car l'œuvre constitutionnelle est bien souvent un trompe-l'œil. Plus les constitutions africaines sont rigides, plus le contournement est fréquent. Plus le juge constitutionnel est mobilisé sur le terrain politique, plus il lui est difficile de trouver la distance optimale au pouvoir. Le sens commun des constitutions dévoilant alors inexorablement un sens caché...

II. Le sens caché - Celui d'une normativité malmenée

Si la sacralité des constitutions africaines est revendiquée, leur désacralisation est aussi en partie à l'œuvre. Cela tient certainement à une conception de plus en plus instrumentale de la norme fondamentale. L'appropriation de la constitution est souvent synonyme d'instrumentalisation politique et partisane de ses règles. De sorte que la norme constitutionnelle se voit de plus en plus déstabilisée (A), quand elle n'est pas directement concurrencée (B).

A. La déstabilisation par des contenus constitutionnels conflictogènes

Les constitutions africaines semblent être victime de « virus ». La constitution est malade « soit en raison de son inapplication soit en raison de l'instrumentalisation qui résulte de son application »²⁰. Un certain nombre d'actes, de comportements et de stratégies sont mis en place afin de détourner la constitution de son objectif premier²¹, faisant ainsi primer la constitution formelle sur la constitution matérielle, le sens apparent sur la signification réelle. Le jeu d'ombres et de contre-jours constitutionnels doit en réalité alerter sur le sens caché des constitutions. Platon ne décrivait pas autre chose à travers le mythe de la Caverne. La rigidité renforcée des constitutions africaines assortie d'une protection juridictionnelle a priori bien établie n'empêche aucunement l'inflation des révisions constitutionnelles dont l'un des objets principaux reste, de manière cyclique à l'approche des échéances électorales, la modification de la clause constitutionnelle relative à la limitation des mandats présidentiels. Dans ce domaine, l'intention de réviser (Bénin, Burkina-Faso, Sénégal...) est toute aussi coupable que la révision aboutie (République démocratique du Congo, Rwanda). Et le sentiment de banalisation des amendements à la constitution qui en découle ne peut que renforcer la perception de la manipulation de la norme constitutionnelle d'une part et, d'autre part, d'une instabilité de cette dernière.

A cette dévalorisation constitutionnelle par l'extérieur s'ajoute une déstabilisation de la constitution du fait de son contenu même. C'est ici s'interroger sur le trop peu ou trop plein des constitutions africaines et, partant, sur les méthodes d'élaboration de ces constitutions. L'écriture d'abord. Les

19. A. Garapon, *Le gardien des promesses : justice et démocratie*, Odile Jacob (ed.), 1996.

20. F. Kpodar, Bilan sur un demi-siècle de constitutionnalisme en Afrique noire francophone, http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/BILAN_SUR_UN_DEMI-SIECLE_DE_CONSTITUTIONNALISME_EN_AFRIQUE_NOIRE_FRANCOPHONE.pdf, p. 8.

21. *Ibid.*, pp. 8-9.

constitutions africaines sont pour la plupart des « constitutions de l'urgence »²². Urgence à écrire la constitution avec la nécessité imposée de relever simultanément une série de défis exceptionnels liés à la transition (construire un nouveau régime politique, instaurer une justice constitutionnelle, consacrer les droits fondamentaux, organiser des élections libres, consacrer le multipartisme...). Urgence aussi à adopter une constitution au lendemain des indépendances pour ne pas créer de vide juridique et afficher la pleine souveraineté du constituant africain, au risque d'une défaillance d'inclusivité susceptible de fragiliser le texte constitutionnel final. Il en résulte des arbitrages difficiles quant au degré de précision des dispositions contenues dans ces nouvelles constitutions. Faut-il tout écrire dans la constitution ? Toute matière est-elle sujette à constitutionnalisation ? Quel critère de répartition à adopter pour déterminer le contenu des renvois aux normes organiques ou infra organiques ? De ces choix du constituant dépend le sens affiché de la constitution. Car trop de précisions contribuent à corseter les pouvoirs et à générer les blocages institutionnels (non-promulgation d'une loi adoptée par le Parlement ou refus de signer une ordonnance, Niger en 1996, Comores en 2005-2006²³...) ; quand trop peu de précisions créent des lacunes constitutionnelles susceptibles de provoquer des conflits d'interprétation des acteurs (remise en cause de la durée du mandat présidentiel au Sénégal en 2012 ou au Burkina-Faso en 2014 ; interrogation sur la rétroactivité d'une révision constitutionnelle relative à la limitation du mandat présidentiel au Togo en 2017...). Le contenu ensuite. Que doit prévoir une constitution de transition ou de sortie de crise pour ne pas reproduire la crise ou la situation du passé ? C'est ici la question des options fondamentales retenues par le constituant qui se pose, et donc du « cahier des charges constitutionnel »²⁴. Certaines options sont assurément prédéterminées, notamment en

lien avec l'histoire constitutionnelle, l'idéologie, la culture politique ou la place de la religion. Les autres sont à déterminer. Il en va ainsi, sur le plan institutionnel, de la forme de l'État, de l'étendue des droits fondamentaux consacrés, du modèle de justice constitutionnelle, de la nature du régime politique, du statut du chef de l'État et donc de la durée du mandat présidentiel, de la place des autorités administratives indépendantes.... Il en va aussi, sur un plan plus contextuel africain, de la place de l'armée dans la constitution ou encore de la nécessité de constitutionnaliser le fait ethnique. Les clauses constitutionnelles conflictogènes, c'est-à-dire potentiellement porteuses de crises et de déstabilisation de la norme fondamentale, ne manquent donc pas, le risque de conflictualité étant dissimulé derrière une apparente normalité. C'est pour cette raison que des alternatives aux constitutions sont de plus en plus envisagées en Afrique, illustrant l'arrangement entre droit et politique. Mais traduisant surtout un déclin de la sacralité constitutionnelle et donc une atteinte au sens profond de la constitution.

B. La concurrence par des instruments à normativité contestée

Si le constitutionalisme africain est promoteur de constitutions atypiques, il est aussi porteur d'une ingénierie constitutionnelle propre aux crises ou aux sorties de crises en ce qu'il permet la conclusion d'accords politiques. Instruments de l'ingénierie constitutionnelle africaine francophone, ces accords politiques doivent permettre de trouver une solution de compromis, donc acceptable par les parties, à un conflit en cours. L'objectif est louable ; la méthode originale ; les conséquences

22. J. du Bois de Gaudusson, Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique (...), *préc.*, p. 616.

23. *Ibid.*, p. 617.

24. F. Hourquebie, La construction de l'avenir : données contextuelles et cahier des charges constitutionnelles, in X. Philippe et N. Danelciuc-Colodrovschi (dir.), *Transitions constitutionnelles et constitutions transitionnelles. Quelles solutions pour une meilleure gestion de fin de conflits ?*, Institut universitaire Varenne (ed.), coll. Transition et justice, 2014.

plus discutables. En saisissant les incidences sur la notion de la constitution implique de revenir sur les raisons de la conclusion de tels arrangements. Trois raisons principales. La mutation des conflits en Afrique d'abord qui, du fait des menaces asymétriques (terrorisme, criminalité transnationale organisée...), de la prévalence des violences politiques post électorales, ou de l'implication récurrente de l'armée, échappent aux catégories traditionnelles saisies par le droit international, obligeant ainsi à repenser les instruments du droit pour les gérer. Les défaillances des interprétations des juges constitutionnels ensuite qui, de garants théoriques d'une gouvernance apaisée, deviennent incapables d'empêcher les crises voire même les alimentent (v. par exemple les décisions du Conseil constitutionnel ivoirien consécutives aux élections présidentielles Gbagbo/Ouattara de 2010)²⁵. Un constitutionnalisme à faible intensité normative enfin qui, en raison de la survalorisation qu'il porte de la lettre du droit sur le fond décline la norme constitutionnelle et induit une plasticité de la constitution ouvrant un espace à toute forme de négociation et de contractualisation politique. Les accords politiques qui en résultent, qu'on les appelle accords de paix, accords de sortie de crise, accords intérimaires etc, incarnent alors un « mécanisme alternatif de règlement des conflits »²⁶, voire même un « constitutionnalisme alternatif »²⁷ qui a vocation à permettre un retour à l'ordre constitutionnel.

Reste que la succession, pour ne pas dire la litanie, des arrangements politiques - par exemple l'accord d'Arusha du 15 août 1993 pour le Rwanda ; l'accord global de Sun City du 17 décembre 2002 pour la République démocratique du Congo ; l'accord de Linas-Marcoussis du 23 janvier 2003, d'Accra du 7 mars 2003 et de Ouagadougou du 4 mars 2007 pour la Côte d'Ivoire ; la convention du 31 octobre 1991 et l'accord de Maputo du 8 août 2009 pour Madagascar ; l'accord politique global du 20 août 2006 pour le Togo ; la Feuille de route pour la sortie de crise à Madagascar en 2012 ; la charte de la Transition pour le Burkina Faso du 13 novembre 2014... - a pour effet de « créer des incertitudes sur la notion de constitution »²⁸. Premièrement, en raison de la nature de ces accords. Catégorie hybride s'il en est, ces textes de compromis se sont vus qualifiés de diverses manières, soulignant bien leur indétermination juridique et donc la menace qu'ils présentent pour la stabilité de la norme constitutionnelle. Accords politiques à contenu juridique²⁹ ; accords juridiques à contenu politique ; accords à portée constitutionnelle³⁰ ; conventionnalisme constitutionnel³¹, autant de qualifications incertaines qui dévaluent le droit constitutionnel. Deuxièmement, en raison de la portée juridique de ces accords. Sorte d'objets juridiques non identifiés car prévoyant, d'une part, des modifications de l'ordre constitutionnel mais n'ayant ni force de loi, ni force de constitution ; et, d'autre part, ajustés au fur et à mesure que se poursuivent les négociations que ces accords

25. V. en ce sens, F. Hourquebie, Le juge à l'origine des crises, Colloque international de l'Association béninoise de droit constitutionnel, *La constitution et les crises en Afrique. Problèmes et approches de solutions*, Cotonou, 7-8 décembre 2015 ; A. Kpodar, Les juridictions constitutionnelles et les crises en Afrique noire francophone, 5^e Congrès de l'ACCPUF, Cotonou, 2009, https://www.accpuf.org/images/pdf/publications/actes_des_congres/c5/09-Les-JC-et-les-crises-en-Afrique-noire-francophone.pdf, pp. 45 et s. ; S. Bolle, Les juridictions constitutionnelles africaines et les crises électorales, 5^e Congrès de l'ACCPUF, Cotonou, 2009, https://www.accpuf.org/images/pdf/publications/actes_des_congres/c5/13-Les-JC-africaines-et-les-crises-electorales.pdf, pp. 79 et s.

26. J. du Bois de Gaudusson, Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique (...), *préc.*, p. 622.

27. K. Dosso, Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone (...), *préc.*, p. 73.

28. Selon la formule du doyen D. Meledje.

29. Selon l'expression de J. du Bois de Gaudusson, v. L'accord de Linas-Marcoussis, entre droit et politique, *Afrique contemporaine*, n° 206, 2003 ; et Constitution sans culture constitutionnelle (...), *préc.*, p. 341.

30. *Rapport sur l'état des pratiques de la démocratie, des droits et des libertés dans l'espace francophone 2014*, Organisation internationale de la Francophonie, https://www.francophonie.org/IMG/pdf/_rapport_ddhdp2014.pdf, p. 30.*

31. J. Aivo, La crise de la normativité en Afrique, *RDP*, 2012, n° 1, p. 141 et s.

n'interrompent pas, les accords politiques alimentent la création continue d'un droit constitutionnel de sortie de crise dont la normativité à géométrie variable bouscule celle de la constitution. C'est pourquoi la coexistence juridique des accords politiques avec la constitution est autant problématique que dévalorisante pour cette dernière. Quatre hypothèses éprouvées en pratique peuvent être identifiées, toutes déstabilisatrices, à des degrés divers, de la constitution et instigatrices d'une « para-légalité plurielle »³² : celle d'un accord *infra constitutionem* ; celle d'un accord *praeter constitutionem* ; celle d'un accord *supra constitutionem* ; et même, point ultime, celle de la substitution totale mais temporaire de l'accord à la constitution³³. Le sens premier des constitutions en est profondément affecté. Le sens caché tend à devenir le sens commun ; le sens commun ne parvenant pas à empêcher les sens interdits empruntés par les acteurs. C'est peut-être cette distorsion de la notion même de constitution qui devient le marqueur profond du constitutionnalisme africain francophone.

32. I. Moumouni, Les accords de paix en Afrique : de l'illégalité juridique à la para légalité plurielle, *RDJ*, 2018, n° 1, pp. 233 et s.

33. Sur l'articulation entre accords politiques et constitution v. notamment P. Mambo, Les rapports entre la constitution et les accords politiques dans les Etats africains. Réflexions sur la légalité constitutionnelle en période de crise, *Mac Gill Law Journal*, vol. 57, n° 4, 2012, pp. 921-952 ; J. Aïvo, La crise de la normativité en Afrique, *préc.*, pp. 141 et s.